



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito / Curso de Bacharelado em Relações
Internacionais

PAULO HENRIQUE SILVA DE SOUSA

**PAPÉIS INSTITUCIONAIS DO CNMP E OS LIMITES LEGAIS DO PODER
REGULAMENTAR NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

**BRASÍLIA
JUNHO DE 2020**

PAULO HENRIQUE SILVA DE SOUSA

**PAPÉIS INSTITUCIONAIS DO CNMP E OS LIMITES LEGAIS DO PODER
REGULAMENTAR NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Artigo científico apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direitos pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos

BRASÍLIA/DF, 2020

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor(a) Avaliador (a)

PAPÉIS INSTITUCIONAIS DO CNMP E OS LIMITES LEGAIS DO PODER REGULAMENTAR NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Paulo Henrique Silva de Sousa

RESUMO

Este trabalho pretende averiguar a constitucionalidade da resolução 181 do CNMP, com a redação dada pela resolução 184 do CNMP, em específico o art. 18 das resoluções. Análise ocorrerá em virtude do instituto inserido no ordenamento jurídico, o acordo de não persecução penal, pois, algumas correntes sustentam a sua ilegalidade porque, em tese, estaria ferindo a competência exclusiva da União legislativa sobre matéria penal e processual penal, bem como estaria violando o art. 130, §2º da CF/1988, visto que estaria extrapolando a competência constitucional atribuída ao Conselho Nacional do Ministério Público. O pretendido será realizado a luz de alguns direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e princípio da proporcionalidade. Para além disso, busca-se sanar algumas pechas referentes aos acordos firmados interstícios compreendidos entre a edição das referidas resoluções e a edição e vigor da Lei 13.964/2019, que também lastreia o referido instituto.

Palavras-chave: Direito processual penal. Direito penal. Direito constitucional. Conselho Nacional do Ministério Público. Poder regulamentar. Acordo de Não Persecução Penal. Resolução 181 do CNMP.

Sumário:

Introdução. 1 Conselho Nacional do Ministério Público e os atos normativos. 1.1 Aspectos Gerais. 1.2 Estruturação do CNMP. 1.3 Força normativa dos atos do CNMP e o ANPP. 2 Da (in)constitucionalidade formal. 2.1 Da ausência de violação ao art. 22, inciso I da CR. 2.2 Da ausência de violação ao art. 130, §2º, da CR. 3 Justiça negociada do panorama comparativo à adequação principiológica e institucional. 3.1 Quadro comparativo entre institutos negociais e premiais. 3.2 Os fundamentos da dignidade da pessoa humana no aspecto negocial penal. 3.3 as dimensões da proporcionalidade no acordo de não persecução penal. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende averiguar se o art. 18 da então resolução nº 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) com alterações trazidas pela Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018, tem amparo constitucional para viger livre de desembaraços, no caso até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, a qual introduziu o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico via legislativo.

Uma vez que quando da edição das referidas resoluções vários argumentos foram apresentados em favor da inconstitucionalidade da referida resolução – que de acordo com a nossa hipótese não se confirmam, a título exemplificativo podemos citar violação à competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal (art. 22, inciso I) e à competência do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130, §2º) ambos da Constituição da República (CF/1988/1988).

Por outro lado, temos diversos fundamentos que sustentam a constitucionalidade, fundada em princípios constitucionais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/1988), duração razoável do processo (art. 5º. LXXVIII da CF/1988), a eficiência (art. 37, caput da CF/1988), proporcionalidade (Art. 5º, inciso LIV da CF/1988).

Porém, importa avaliar a contextualização da ANPP numa perspectiva de comparada em relação aos institutos da Justiça Negociada que guardem semelhanças com o instituto ora em análise, desde que tenham ampla aplicação em conformidade com Direitos e Garantias fundamentais. E, em linhas gerais, entender o ANPP dentro do contexto da Justiça Negocial.

Visa-se também entender as repercussões trazidas pela Lei 13.964/2019 ao novel instituto, pois o Poder Executivo Federal tomou a iniciativa de propor um projeto de lei conhecido popularmente como pacote anticrime, que além de trazer “aperfeiçoamento a legislação penal e processual penal”, ampliou e conferiu status lei em sentido estrito ao ANPP, no Código de Processo Penal.

Assim, verifica-se do ordenamento jurídico brasileiro, a existência e vigor da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, sendo esta oriunda daquele projeto supramencionado. Essa discussão é de grande valia pois há uma lacuna de pesquisa nos periódicos indexados com relação à contabilidade entre a resolução do CNMP e

a nova legislação penal processual, e porque esse escrito pode trazer maiores subsídios teóricos para compreensão do ANPP na sistemática constitucional e na principiologia penal hodiernas.

Desse modo, busca-se também avaliar não só o cumprimento como a higidez dos atos jurídicos manifestados no interstício entre aquelas resoluções do CNMP e a Lei nº 13.964/2019, foram realizadas diversas propostas afetas ao ANPP, sendo que inúmeras foram homologadas, podendo inclusive já estar na fase de cumprimento de obrigação. Assim, em nome da segurança jurídica, faz-se necessário avaliar qual seria a solução mais apropriado a esses casos. Assim como, em momento oportuno, analisar as balizas legais que regeriam atos normativos do CNMP com conteúdo semelhante, ou a subsistência de normas da resolução atual que tragam requisitos mais rígidos do que aqueles previstos em lei.

1. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS ATOS NORMATIVOS

1.1 ASPECTOS GERAIS

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi criado em 2004 e instalado em 2005, com advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário, uma vez que introduziu inúmeras alterações no referido poder do Estado (BRASIL, 1992).

A justificação para a introdução dessa emenda centrou-se na necessidade firmar mecanismos de controle externo do Judiciário, uma vez que em tempos anteriores à promulgação da Constituição de 1898 fora vivenciado um período ditatorial onde não existia qualquer fiscalização eficiente sobre este braço do Estado. Isso porque, os conselhos, que tinham como dever tal supervisão, eram compostos apenas por membros do poder fiscalizado. Diante tal situação, a isenção essencial à boa fiscalização da idoneidade judiciária ficara prejudicada ante o corporativismo revelado entre aqueles pares. (AXT, 2017)

Por outro lado, esse controle externo era recepcionado por determinadas alas da doutrina que viam a emenda com reservas, vislumbrando-a como marco supressor da autonomia do Ministério Público. Dessa forma, em que pese fortificar o controle da probidade, economicidade, eficiência, dentre outros aspectos do Poder Judiciário e

melhor calibrar tensões entre os poderes constituídos, poderia trazer riscos à autodeterminação parquet. É na efervescência dessa discussão se efetivou- a criação dos Conselhos Nacionais – de Justiça, e Ministério Público, como sistemas otimizadores da harmonia institucional vigente. (GARCIA, 2005)

No que tange à criação do CNMP, órgão planejado com intuito de resguardar tanto os valores mais importantes do Ministério Público quanto a instituição per – componente indispensável à manutenção do Estado –, ressalta-se que o órgão potencializa a autonomia administrativa e a independência funcional do parquet. (ZIESEMER, 2017)

Portanto, chegamos à conclusão que este órgão além de mecanismo de controle externo, também é necessário para o fortalecimento e aperfeiçoamentos das atribuições do Ministério Público, sua previsão está disposta no art. 130-A da Constituição da República.

No que diz respeito à natureza jurídica do CNMP, é possível classificá-lo como “órgão de natureza constitucional-administrativa, órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar do Ministério Público”. (PANSIERI, 2017, np.). Além disso, ressalta-se sua dimensão política, tendo em vista a sua composição plural, que tende a conciliar interesses diversos no âmbito do MP e suas inter-relações com outras instituições.

1.2 ESTRUTURAÇÃO DO CNMP

O órgão é composto por 14 membros, sendo eles o Procurador Geral da República e mais 13 membros, sendo necessariamente indicados pelo Chefe do Poder Executivo Federal e aprovados pelo Legislativo (Senado) para um mandato de 2 anos, podendo haver a recondução.

Vejamos como dispõe o art. 130-A da CR:

- I - o Procurador-Geral da República, que o preside;
- II - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;
- III - três membros do Ministério Público dos Estados;
- IV - dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Além dos requisitos elencados anteriormente, é necessário consignar que existe também regulamentação referente a indicação dos membros do Conselho oriundos do Ministério Público (art. 130-A, §1º da CF/1988), sendo esta realizada pela Lei 11.372/2006.

A referida regulamentação indica que aqueles integrantes advindos do Ministério Público da União deverão ser escolhidos pelo Procurador-Geral de cada um dos ramos, dentre os indicados pela lista tríplice, que será elaborada pelos respectivos Colégio de Procuradores e Promotores de cada braço do MPU, os eleitos na lista tríplice deverão cumulativamente ter mais de 35 anos de idade e ter completado mais de 10 anos na carreira.

Quanto aos membros originários do Ministério Público dos Estados, haverá uma reunião conjunta com os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, com a finalidade específica de formar uma lista tríplice para os respectivos assentos a eles destinados, devendo ser submetido à aprovação do Senado Federal.

O CNMP é formado por 5 órgãos, são eles, o Plenário, a Presidência, a Corregedoria, as Comissões, a Secretária-geral, vejamos, a atribuição de cada um, de modo sucinto:

O Plenário: constituído pelos 14 conselheiros do CNMP, o Plenário controla a atuação administrativa e financeira do Ministério Público e o cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros. Aos atos e decisões do Plenário do Conselho não cabe recurso, salvo o de embargos de declaração. As sessões do Plenário poderão ser ordinárias, com realização em dias úteis mediante prévia comunicação aos conselheiros, e extraordinária, convocadas pelo presidente fora do calendário semestral estabelecido, com, pelo menos, cinco dias de antecedência. **A presidência** do CNMP é exercida pelo procurador-geral da República, a quem compete atuar para o fortalecimento e o aprimoramento do Ministério Público, assegurando sua autonomia para um trabalho responsável e socialmente efetivo. **A Corregedoria:** com o dever de executar as funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral, a Corregedoria Nacional do Ministério Público é um órgão do CNMP; **As Comissões:** são instituídas pelo Plenário para o estudo de temas e atividades específicos da instituição ou relacionados às suas competências. De caráter permanente ou temporário, as comissões são formadas pelos membros do Conselho, sendo que os presidentes de cada comissão são eleitos pelo voto da

maioria do Plenário para mandato de um ano. Atualmente, o CNMP possui seis comissões permanentes e uma provisória; **A Secretaria-geral:** tem como função exercer as atividades de apoio técnico-administrativo necessárias à preparação e à execução das funções do CNMP. Diretamente subordinada à Presidência, a Secretaria atua também nos serviços cartorários do CNMP, como receber, autuar e movimentar os processos em tramitação. (BRASIL, s.d.)

1.3 FORÇA NORMATIVA DOS ATOS DO CNMP E O ANPP

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve sua competência estabelecida no §4º do art. 103-B da CF/1988, aduzindo que “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, este controle pode ser exercido via resoluções.

Em relação a esse poder regulamentar o Supremo Tribunal Federal (STF), na ADC 12, decidiu que tais resoluções têm caráter normativo primário, isto é, são munidos de abstração e generalidade (LIMA, 2018, p. 200), nesse mesmo sentido essa corte continua decidindo, vejamos a ratio decidendi:

no exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de ‘expedir atos regulamentares’. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão. (BRASIL, 2012)

Tendo em vista, a natureza jurídica destas resoluções, é necessário levarmos em consideração o fato de que os dois Conselhos têm a mesma essência, razão pela qual, é forçoso o reconhecimento de tal natureza jurídica para os atos normativos do CNMP. Em sentido semelhante, sustenta-se que as normas emanadas do CNJ e CNMP, são atos normativos autônomos, abstratos e subordinados diretamente às normas constitucionais. (BARROS; ROMANIUC, 2018)

Na espécie temos um precedente muito forte a respeito da regulamentação direta da aplicação dos princípios constitucionais, trata-se da audiência de custódia, tendo o seu introito via resolução editada pelo CNJ, sob nº 213/2015. Com o desiderato de também colocar em prática tal capacidade reguladora, o referido órgão trouxe à baila, a resolução nº 181 de 2017, cujo o conteúdo cuida do Procedimento Investigatório Criminal, no mesmo instrumento, trata do ANPP.

O art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP, com alterações trazidas pela Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018, é responsável por introduzir o ANPP no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sua natureza jurídica dita como negócio jurídico

de natureza extrajudicial (LIMA, 2018), devendo necessariamente ser homologado pelo juízo competente, sendo as partes acordantes, o Ministério Público e o agente infrator da norma penal, também é indispensável que o acusado tenha a defesa técnica constituída.

Além disso, é necessário que o feito não seja caso de arquivamento, bem como a pena mínima cominada ao delito seja inferior a 4 anos e o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, e desde que haja confissão formal e circunstanciada da prática delituosa.

Outrossim, é necessário saber que existem requisitos negativos, isto é, nos casos a seguir encontra-se óbice para o oferecimento da proposta:

For cabível a transação penal; O dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; Incida sobre o investigado alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95 Iminência de operar a prescrição punitiva estatal; Se tratar de crime hediondo ou equiparado, e naqueles que existam violência doméstica; Quando a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 2018).

Após a verificação de tais requisitos, o investigado se comprometerá a cumprir certas condições, podendo elas serem ajustadas de modo cumulativa ou alternativa, são elas:

Reparação do dano ou restituição da coisa, salvo quando impossível;

A renúncia voluntária dos bens e direitos, apontados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

Prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas por período correspondente à pena mínima comina ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; Pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, do mesmo modo do item anterior, devendo ser preferencialmente pago às entidades que tenham como objetivo proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; O cumprimento de outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que seja proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Portanto, o autor da infração penal ficará sujeito ao cumprimento de algumas medidas impostas no acordo, ao passo que Ministério Público se comprometerá a promover o arquivamento do feito, e efetivamente o arquivará desde que investigado cumpra integralmente aquelas medidas, o arquivamento vinculará toda a instituição.

Em um primeiro momento, ao olhar de modo perfunctório, o ANPP, introduzido pela resolução, aparenta ser apenas mais uma das possibilidades da Justiça Penal Negociada. Todavia, ele se diferencia dos demais institutos, por diversos fatores, como, por exemplo, seus status normativo (resolução) além disso, é exigido a confissão, e as condições impostas no acordo tem o condão de obter a efetiva reparação dos danos sofridos, tal reparação não tem cunho penal, sendo esta uma obrigação cível, o momento do oferecimento do acordo é pré-processual, uma vez que não existirá o oferecimento da denúncia.

A grande problemática em relação ao ANPP é quanto sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, pois como dito anteriormente, ele foi inserido por meio de uma resolução, qual seja a Resolução 181 de 2017, com alterações trazidas pela Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018, elaborada pelo CNMP, com desiderato de dispor sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Todavia, esta questão teve a perde a parcial do objeto, uma vez que o advento da Lei 13.964/2019, supriu as problemáticas relativas às, possíveis, incongruências formais apresentadas por aquela resolução.

Para além disso, verificamos que os requisitos trazidos no art. 28-A do Código de Processo Penal, os dispõe de maneira mais branda do que a da resolução alhures. Então, vejamos a redação do artigo.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução [...] IV - pagar prestação pecuniária [...] V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios

que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 2019)

Quando cotejados os requisitos presentes tanto no pacote anticrime quanto na Resolução 181 do CNMP, vê-se que esse traz um requisito não presente naquele qual seja a limitação de valor econômico do bem jurídico violado à quantia de 20 salários mínimos. Assim, tomando a vigência da resolução como certa em face do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos, questiona-se poderia a resolução trazer requisitos para além do disposto na Legislação Ordinária, E, por conseguinte, poderia o Ministério Público recorrer a aplicação do ANPP, em face da extrapolação do valor econômico do objeto em que o dano foi infligido.

Sustenta-se, nesse sentido, pela não aplicação do requisito em comento, pelos seguintes argumentos: o STF no âmbito do julgamento da ADI nº 4.220, quando avaliou a constitucionalidade de outra resolução do CNMP (Resolução nº 20) e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 75/93, pautou-se pelo critério da ausência de inovação legislativa, o que vai ao encontro da doutrina consignada por Streck, Cléver e Sarlet (2005), que assomam a essa ideia o fato de que o Poder Regulamentar do CNMP, lastreado no Art. 130-A, deve estar adstrito à fiel concreção e ampliação da norma de referência, não sendo permitida a invasão nas competências do Legislador Ordinário. Nesse sentido, lembra-se a necessidade de respeito ao quadro esquemático-organizacional e harmonia das funções institucionais.

Assim, considerando que tanto a justificação teleológica, os juízos valorativos revelados nessas funções legislativas, – tanto típicos quanto atípicas – e a adequação social buscada pelos atos normativos coincidem, há de se adotar aquele que não só visa um cenário mais favorável ao investigado, como guarda maior compatibilidade com os Direitos Fundamentais que baseiam esse novo aspecto da Justiça Negocial como a proporcionalidade e a dignidade da Pessoa Humana, assim não poderia a Resolução 181 do CNMP, ou mesmo resolução posterior, trazer requisitos para além daqueles previstos na Legislação Ordinária encrudescendo o procedimento e as formas do instituto. Essa forma de argumentação transcende as simples reflexões

sobre antinomias, como os argumentos de Kelsen (2000) que prima pela harmonia de uma norma do escalão superior com a de inferior, e a resolução de conflitos aparentes pela lei posterior.

2 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA RESOLUÇÃO 181 DO CNMP

2.1 Da ausência de violação ao art. 22, inciso I da CR

Há quem entenda que tal resolução violaria o art. 22, inciso I da Constituição da República, porque invadiria a competência legislativa privativa da União por se tratar de matéria processual, bem como violaria o princípio da legalidade, e também ofenderia às atribuições constitucionais do CNMP, dispostas no art. 130-A, além disso afrontaria o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Esta resolução é objeto de duas Ações Direta de Inconstitucionalidade – em razão das supostas pechas supracitadas -, são elas, ADI 5790 e 5793, a primeira proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e a outra pela Ordem dos Advogados do Brasil. Ambas ainda pendem de julgamento.

O art. 22, inciso I, da CF/1988, afirma que compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Um dos motivos adotado como razão para dizer que existem inconstitucionalidade formal, é a suposta usurpação da competência legislativa privativa da União.

Nesse sentido, SILVA JUNIOR e ZIESEMERM (2017, np) sustentam:

As normas editadas pela resolução possuem evidente caráter processual penal. Mais que isso, interferem de forma direta no processo penal brasileiro, criando obrigações a terceiros, avaliação de figuras penais, pagamento de prestação pecuniária, citando inclusive, “nos termos do Art. 45 do Código Penal”, analogia à pena mínima (Art. 18, IV da Resolução 181), em nítida forma processual de atuação, criando um modelo distinto (da lei e da Constituição) de abstenção da ação penal, o que também é processual. Assim, o CNMP se transformou em legislador de fato, ao criar figuras processuais típicas de legislador em atuação finalística do Ministério Público, em clara ofensa do Art. 22, I, da Constituição(...)

Em razão disso, deve-se sustentar e argumentar em prol da nossa concepção, que é pela constitucionalidade da referida norma jurídica.

Pois, bem. Passemos a análise para averiguarmos se existe ou não a usurpação daquela competência.

Neste contexto, Cabral (2018) ensina, é equivocado o argumento que sustenta ser formalmente inconstitucional o ANPP, pois o conceito de norma processual tem a natureza jurídica técnica, assim os seus liames são bastantes claros na jurisprudência.

Ainda sobre a temática, ele argumenta, para uma norma ter o caráter de natureza processual, é imprescindível que exista o exercício à pretensão punitiva estatal, encetada por um legitimado (via de regra, o Ministério Público), sob o crivo jurisdicional, e devendo ser observado o devido processo legal. Isto é, a necessidade dos três atores com funções bem distintas – conforme, o sistema acusatório adotado pelo sistema jurídico brasileiro -, quais sejam, Ministério Público, Estado-Juiz e Réu. (CABRAL, 2018)

Na mesma linha argumentativa, Cabral (2018, p.31) afirma:

(...)o acordo de não persecução é extrajudicial (não envolve o exercício da jurisdição penal), vez que realizado no âmbito de um procedimento administrativo investigatório, sem o prévio exercício de uma pretensão punitiva, é dizer, sem o prévio oferecimento de denúncia ou queixa, não há o menor sentido em atribuir-se à regulamentação desse acordo a natureza de norma processual.

Com base ainda nessa doutrina, Cabral (2018) afirma que o Supremo Tribunal Federal assentou, que tais normas de direito processual penal relacionadas devem estar relacionadas com “ as garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regule os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição”. (BRASIL, 2006)

Para além disso, outro argumento pode ser trazido nesse contexto, que diz respeito a não incidência do art. 22, inciso I, da CF/1988, no que tange às regras de procedimento investigatório criminal, conforme a jurisprudência do STF, quando do julgamento da ADI 2866, sob a relatoria do Min. Eros Grau (BRASIL, 2014)

Nessa mesma linha de raciocínio, Barros e Romaniuc (2018) aduzem ser necessário fazer a distinção entre processo e procedimento, assim a matéria procedimental é aquela anterior à formação do processo penal, por isso, pode ou não se relacionar diretamente ao processo judicial, sendo possível a existência de norma procedimental não advinda do processo legislativo federal. A norma processual diz

respeito à organização e instrução do processo em busca da tutela do direito material, tendo como escopo a resolução dos conflitos ocasionados em razão da jurisdição.

Ao final do raciocínio os autores concluem afirmando, “A reserva constitucional à espécie normativa ‘lei’ advinda da privativamente da União se dá apenas aos casos de normas processuais que estruturam especificamente o processo judicial” (BARROS ; ROMANIUC, 2018, p. 65)

No mesmo sentido conclui Cabral (2018, p. 32):

“Dito isso, é possível afirmar que a regulamentação do acordo, pelo art. 18 da resolução nº 181/17 – CNMP, não envolve matéria de direito processual, vez que se trata de avença realizada em procedimento administrativo, em que não há o exercício da pretensão punitiva por meio de denúncia, não há propriamente partes, não há exercício da função jurisdicional penal, nem se faz necessária a observância do princípio do contraditório e ampla defesa. Em suma: não há processo penal.”

Com o mesmo intuito, Guimarães (2018, np) sustenta que é necessário ser destacado que a resolução 181 do CNMP não possui natureza processual estrita, uma vez que o ANPP antecede à promoção da ação penal, portanto trata-se de fase extrajudicial.

Por isso, é necessário reconhecer que quando da atuação ministerial na fase investigativa tem em evidencia o seu caráter administrativo, consiste em negócio jurídico pré-processual, uma vez que tem escopo de coletar elementos informativos, que em havendo a persecução penal deverão ser repetidos em juízo sobre o crivo do contraditório e ampla defesa.(DOWER; SOUZA, 2018)

Ademais, verifica-se a hipótese apontada no que concerne a natureza jurídica do ANPP. Pois, a inovação trazida pela Lei 13.964/2019, manteve a mesma linha lógica, conforme a melhor doutrina de LAI (2020, np), quando consigna que “No Brasil, em linhas gerais, o ANPP consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP) e o investigado com seu defensor (§ 3º)(...)”

Assim, fica, portanto, devidamente provado pela técnica jurídica com base em jurisprudências pretéritas abstratas, doutrinas anteriores a edição da Lei 13.964 de 2019, bem como doutrinas posteriores a referida lei, que a matéria tratada no Acordo de Não Persecução Penal, não se trata de matéria processual penal, tampouco matéria penal.

De outro giro, um dos argumentos trazidos, com o fim de afastar a legalidade da resolução, é no sentido de afirmar que as resoluções do CNMP não possuem força suficiente para regular o ANPP, assim afirma Moraes(2018, np), vejamos:

(...)equivoco é supor que a existência de eficácia normativa primária das resoluções do CNMP, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, permita que o órgão regulamente qualquer matéria uma vez que, inquestionavelmente, não se encontra entre as atribuições do CNMP estampadas no artigo 130-A, parágrafo 2º, da CF/1988/88 normatizar sobre política criminal.

Pois bem, a audiência de custódia, instituto amplamente aplicado, retirou o seu fundamento de validade do §5º do art. 7º do Pacto de San Jose, Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e atualmente consta estar em vigor, de tal forma que é a regra utilizada em todo território nacional. (PANTOLFI, 2019)

No caso, o ANPP perquiriu-se o fundamento para sua validade em acordo internacional o qual o Brasil é signatário, qual seja, as Regras de Tóquio (Resolução nº45/110 da Organização das Nações Unidas). (MORAIS, 2018)

Resolução essa, instrumento utilizado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, “para estimular a utilização de medidas alternativas à prisão nos vários países-membros da organização.” (ARAS, 2018, p. 326)

Assim, consta o item 5.1 da resolução supracitada, a qual deu ensejo a resolução 181/2017 do CNMP:

II. Estágio anterior ao julgamento

5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo

5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado. ¹ (BRASIL, 2016)

Assim, conforme assevera Moraes (2018), a implementação desse instituto, está em conformidade com as diretrizes estabelecidas nas Regras de Tóquio, sendo ela uma norma de caráter *jus cogens*, ainda impossível de ser ignorada.

Portanto, questiona-se, se os dois Conselhos possuem a mesma natureza jurídica, conforme indicado anteriormente, com isso têm-se a mesma capacidade de emanar atos normativos primários, por qual razão negar a validade ao ANPP - quando pela resolução 181 e 183 do CNMP?

Não conseguimos vislumbrar os motivos para utilizar-se de dois pesos e duas medidas, para uma resolução que tanto se assemelha formalmente a outra. Pelo exposto, fica evidente que era plenamente viável a aplicação do ANPP, ainda que quando anterior da Lei 13.964/2019, uma vez que se trata de ato normativo primário, tendo como seus fundamentos constitucionais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/1988), a duração razoável do processo (art. 5º. LXXVIII da CF/1988), a eficiência (art. 37, caput da CF/1988), vê-se respeitada ante o imperativo principiológico de atos devem ser procedidos de forma a maximizar os requisitos de economicidade e o bem-estar geral dos alcançados, isso tanto para acusado como para o Estado já que a extensão temporal demasiada alonga a imprevisibilidade da resposta jurisdicional prolongando os prejuízos dessa ausência de segurança. Em que pese não se tratar propriamente de processo judicial fica o magistério de Daniel Assumpção Alves (2016) de que o texto constitucional inovou ao considerar as demais funções do Poder Público (e.g. executiva) merecedoras de duração razoável.

2.2 Da ausência de violação ao art. 130, §2º, da CR

Mais um dos argumentos relativos à inconstitucionalidade formal do ANPP, diz respeito a do art. 130, § 2º, uma vez que, cuida da competência do Conselho Nacional do Ministério Público para com o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, ainda cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências

necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; [...] IV - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

Em vista disso, parte da doutrina informa haver rompimento da competência atribuída ao CNMP, ou seja, dedica-se a acolher a pretensão de afastar a constitucionalidade do objeto desta análise, consigna o seguinte, em relação ao art. 130-A, §2º:

não contempla ao CNMP a possibilidade de criar figuras de atuação processual, ou mesmo interferir em atividade fim. Toda a atuação processual do membro do Ministério Público é finalística, ainda mais quando esta visa avaliar a aplicação ou não do direito e do processo penal. Assim, além de não ter competência constitucional para editar este tipo de regra, também não pode o CNMP disciplinar atividade fim do Ministério Público, interferindo em seu mérito. Aliás, este tema já foi alvo do Enunciado no 6 de 2009 do CNMP: Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. (ZIESEMER, 2018, np)

Frisa-se que temos dois cenários distintos no presente trabalho, o primeiro trata sobre a constitucionalidade do acordo de não persecução penal com introito via resolução do CNMP, o segundo diz respeito as consequências oriundas da referida resolução após a edição e vigência da Lei 13.964/2019, uma vez que é nítido que se tratando de ato administrativo eivado de ilegalidade deve ser declarado nulo, portanto para aqueles que entendem que os acordos firmados com base na resolução 181 e 183 do CNMP são inválidos, haverá um ônus enorme aplicado ao investigado, para além disso é sabido que um ato administrativo dito ilegal não pode ser convalidado, isso porque:

[...] nas matérias de competência exclusiva das pessoas públicas políticas (União, Estado e Municípios) não é possível a ratificação de ato praticado pela pessoa jurídica, incompetente; no caso, o ato é inconstitucional, porque fere a distribuição de competência feita pela própria Constituição. (DI PIETRO, 2018, p.318)

Além de que “a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então).” (DI PIETRO, 2017, p.317). Diante disso, questiona-se o que deve ocorrer com aqueles que foram, em tese, beneficiados com a propositura do acordo. A melhor a resposta em nossa concepção é aquela em que se mantém hígido os termos do acordo, em razão da teoria dos atos jurídicos perfeitos¹, bem como a teoria do isolamento dos atos processuais², *tempus regit actus*.

3 JUSTIÇA NEGOCIADA DO PANORAMA COMPARATIVO À ADEQUAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA E INSTITUCIONAL

3.1 QUADRO COMPARATIVO ENTRE INSTITUTOS NEGOCIAIS E PREMIAIS

No sistema jurídico brasileiro tem-se vários institutos de justiça negociada, o que também se aplica ao aspecto penal, sendo eles, a transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de colaboração premiada e a justiça restaurativa. De tal modo, torna-se imperioso apresentar um quadro comparativo entre esses institutos e o acordo de não persecução penal, isso a bem de uma compreensão mais sistêmica da Justiça Negocial pátria.

A transação penal, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, conforme descrito por ARAS, trata-se de instituto de natureza jurídica bilateral, com caráter processual e penal, porque se negocia o não exercício do direito de ação do Ministério Público, isso em troca da aceitação por parte do autor do fato, que em razão disso, obriga-se a uma sanção penal privativa de liberdade, desde que seja homologada judicialmente o acordo.

A semelhança entre esse instituto e o acordo de não persecução penal reside no fato de ambos negociarem o exercício do direito de ação, todavia, sua semelhança

¹ O ato jurídico perfeito consagra o princípio da segurança jurídica justamente para preservar as situações devidamente constituídas na vigência de ato normativo anterior, porque o ato normativo posterior, apenas, projetará seus efeitos para o futuro.

² A teoria do isolamento dos atos processuais é adotada pelo direito processual penal, estando insculpido no art. 2º do código de processo penal (CPP), com a seguinte redação: A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Apesar, que se trata de lei processual, entendemos ser aplicável uma vez que o art. 3º do CPP admite analogia extensiva em matéria processual.

cessa nesse aspecto. Diferente do que ocorre no ANPP, na transação existe sanção penal e independe de confissão, já no outro instituto existe apenas assunção de obrigação civil e é imprescindível a confissão do investigado. Por óbvio, os requisitos para oferecimento de cada um dos institutos são diferentes, assim, a título exemplificativo, na transação penal são abarcadas as contravenções penais e nos crimes cuja a pena máxima não seja superior a dois anos, enquanto no outro é necessário que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos.

No que concerne a suspensão condicional do processo, também conhecido como sursis processual, instituto previsto na Lei 9.099/95 em seu art. 89, em muito se aproxima do acordo de não persecução penal, uma vez que o acusado assume certas "condições da proposta e da suspensão não são pena criminal" (PRADO, 2005, p. 225) comprometendo-se em reparar o dano causado, sendo necessária a homologação judicial do negócio jurídico, todavia prescinde de confissão. O outro requisito para ser aplicado tal instituto é o crime atribuído ao acusado ter a pena mínima não superior a um ano de prisão. Ao fim da suspensão condicional a medida é a extinção da punibilidade, desde que cumprido integralmente as condições impostas na proposta oferecida pelo Ministério Público.

O acordo de colaboração premiada, tem sua previsão normativa na Lei 12.850/2013, podemos definir este instituto, em síntese, como negócio jurídico processual, podendo ser proposto tanto pela autoridade policial, conforme decidido pelo STF na ADI nº 5508/DF, quanto pelo Ministério Público, tendo como desiderato a obtenção de êxito nas atuações penais, isso porque existe a delação do(s) participante(s) da empreitada criminosa, trazendo assim, provas importantes para a persecução penal, para a efetivação deste acordo é de extrema importância que as declarações prestadas sejam essências para o deslinde da investigação criminal.

Sobre a natureza jurídica da colaboração premiada, pode-se afirmar isso com base na Orientação Conjunta nº 1/218 do Ministério Público Federal, a qual aborda especificamente esse tema, tendo como finalidade a orientação, nos seguintes termos:

O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da Lei

12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante.

No mesmo sentido, o STF vem reiteradamente reconhecendo a natureza jurídica como sendo negócio jurídico processual, observa-se isso, quando do julgamento do HC-STF 127.483/2015 de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgamento Inq. 4405 AgR de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, também no julgamento da Pet 7074 QO/DF, rel. Min. Edson Fachin, entre outras ocasiões. Por fim, foi incluído na Lei 12.850/2013, o art. 3º-A, isso com a redação trazida pela lei 13.964/19, o qual afirma que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”

O benefício para o colaborador, mais especificamente o delator, pode ser a redução de pena privativa de liberdade ou, ainda a substituição dessa por uma restritiva de direitos, concessão do perdão judicial, suspensão do prazo para oferecimento da denúncia, ou mesmo deixar de ter a denúncia oferecida contra si.

Assim, é possível visualizar a existência de características comuns entre o acordo de não persecução penal e este instituto, qual seja, o possível não oferecimento da denúncia, além disso não prescinde a confissão do colaborador.

3.2 OS FUNDAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ASPECTO NEGOCIAL PENAL

A história do Direito Penal confunde-se com a própria história da humanidade. Desde que o homem passou a viver em sociedade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum dos indivíduos do grupo, ou contra o próprio grupo social. (GRECO, 2017)

Tendo em vista, a existência do contrato social, nele o indivíduo abriria mão de parte da sua liberdade, colocando em um depósito público com a intenção de delegar o poder punitivo ao Estado, logo existindo uma ordem social delimitada por tal instituto. (BARATTA, 2013).

Nesse mesmo sentido, Luisi sustenta que:

“a consagração do princípio da humanidade no Direito Penal moderno deve-se ao grande movimento de ideias que dominou os séculos XVII

e XVIII, conhecido como Iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogavam a transformação do Estado, partindo de duas ideias fundamentais. De um lado, a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e, de outro lado, a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato social, no qual, ao construir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes” (LUIZI, 2003, p. 32)

Nessa linha, o Projeto de Lei 10372/2018 (Câmara dos Deputados), que deu origem ao pacote anticrime (lei 13.964/2019), trazia a seguinte consideração em sua exposição de motivos: “são previstas condições que assegurem efetiva reparação do dano causado e a imposição de sanção penal adequada e suficiente, oferecendo alternativas ao encarceramento”. Assim, seguia, efetivamente, ao encontro das Regras de Tóquio, no sentido de buscar alternativas ao encarceramento.

Portanto, temos como um dos fundamentos mais importantes para firmar o valor social do acordo de não persecução penal é a dignidade da pessoa humana/princípio da humanidade, isto porque, é de conhecimento comum, o quão degradante é o sistema carcerário brasileiro. Mesmo tendo previsão no ordenamento jurídico de que a pena tem a função de ressocializar, prevenir e reprimir, sabe-se que estas promessas não transcendem a letra fria da lei, para além disso, após qualquer pessoa enfrentar um procedimento penal têm-se a ciência dos efeitos deletérios deste, não há sequer a necessidade de haver condenação, basta apenas ter participado de qualquer procedimento para que o investigado seja estigmatizado, por isso leciona Igor Luís Pereira e Silva (2020, p. 106), na perspectiva de que a pena “deve ser imposta como ultima ratio do sistema penal, dando-se preferência às penas menos dolorosas.”.

Com fito de evitar esses efeitos colaterais, entendemos ser plenamente cabível e coerente a aplicação do acordo de não persecução penal na sistemática jurídica brasileira. Ainda, conforme, o autor para haver a concreta aplicação do princípio da humanidade é imprescindível que a pena seja dotada de racionalidade e proporcionalidade. Nesse sentido esse doutrinador sustenta que:

Para atender aos postulados da proporcionalidade, a pena deve ser adequada aos seus fins constitucionais, ser a menos onerosa possível para o apenado e somente ser imposta em casos estritamente necessários, devendo o Estado refletir sempre sobre os ganhos e as perdas em sua cominação, aplicação e execução. (SILVA, 2020, p.105)

Diante disso, verifica-se que a modalidade da justiça negociada em comento é alinhada com os postulados da proporcionalidade – tal princípio será objeto de uma análise mais contundente, uma vez que tende a aplicar uma pena menos onerosa, tanto é que nesta modalidade, se quer existe o oferecimento da denúncia ou qualquer repercussão penal, exceto para fins de concessão de novo acordo de persecução penal, desde que utilizado dentro dos últimos 5 anos. Além disso, verifica-se que as obrigações assumidas têm o caráter civil, não sendo nenhuma delas penas não privativas de liberdade.

É alinhado também com a racionalidade, porque a punição se dá na exata extensão do dano causado, exceto quando impossível a reparação. Com isso em mente, é possível deduzir que, conforme a doutrina supracitada sobre a razoabilidade e racionalidade, efetiva-se o princípio da humanidade.

Em que pese existir outros institutos afetos à justiça negociada, cada qual com seus contornos próprios. Todavia, o ANPP parece ser o menos gravoso, tendo em vista o momento no qual é apresentado ao investigado, antes do oferecimento da denúncia, as obrigações desprovidas de natureza penal e o abarcamento de crimes de médio potencial ofensivo, visto ter como um dos requisitos possuir a pena mínima de 4 (quatro) anos. Em face de todos estes argumentos acreditamos que o Acordo de Não Persecução Penal é uma opção legítima quando se pensa na dignidade da pessoa humana pela perspectiva também da vítima, visto que efetiva a reparação do dano sofrido por essa, na medida em que pune o infrator da normal penal sem estigmatizá-lo

3.3 AS DIMENSÕES DA PROPORCIONALIDADE NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Cumpramos ressaltar a perspectiva do doutrinador Igor Luis Pereira e Silva (2020, p. 157), na qual sustenta que “a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo VIII, prevê a observância da proporcionalidade, ao determinar que a lei deve apenas estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

Desta feita, precisamos fazer uma análise do acordo de não persecução penal sob a óptica do princípio da proporcionalidade, com o fim de verificar se existe

adequação ao sistema constitucional brasileiro, pois, conforme dito anteriormente, este princípio extrai o seu fundamento do manancial constitucional, lastreando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, pois a desproporcionalidade em matéria penal pode acarretar em penas desumanas, mais gravosas do que o injusto penal. (SILVA, 2020, p. 157)

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado(2018) aduz que, na esfera legislativa, a vertente substantiva do princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos. Igor Luis Pereira e Silva (2020) argumenta ainda que, para cumprir tal postulado se faz necessário a ponderação acerca da relação entre os bens envolvidos em matéria penal, portanto não pode subsistir desproporcionalidade entre o bem jurídico tutelado e a pena comida em razão da infração penal De tal forma que “somente presentes estas condições se poderão admitir a limitação a algum direito individual”. (BARROSO, 2009, p. 66-67)

Pode-se, então, concluir que a conceituação do princípio da proporcionalidade como sendo:

“O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).” (FRANCO, 2007. p. 67.)

Para além disso, existe uma definição extremamente objetiva de autoria de Luiz Regis Prado (2018, p.98), a qual consigna:

pode-se afirmar que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.

Uma outra perspectiva em relação ao princípio da proporcionalidade, diz respeito a compreensão de que este, não se limita a proibir o excesso, mas também

acolhe o impedimento à insuficiência da intervenção jurídico-penal. (QUEIROZ, 2010, p. 55). Existe ainda a proporcionalidade executória, que também toca a execução penal, estando insculpido no art. 1º da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), baseando-se no merecimento do apenado e concedendo-lhe os benefícios inerentes aos ditames constitucionais e legais, de forma que propicie a progressão de regime e a harmônica integração social.(SILVA, 2020, p. 156)

Conforme assevera Chade Rezek Neto (2004), um ponto crucial a ser destacado é que o princípio da proporcionalidade é um princípio de interpretação constitucional, isto ocorre em razão da contribuição desse postulado para orientação hermenêutica, uma vez que se deve buscar soluções concretas nos casos de conflito e colisão entre os direitos fundamentais.

Nesta mesma acepção Robert Alexy (1993, p. 116-117) sustenta que:

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meios/ menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Em vista do que o autor chama de máximas parciais, também nomeadas como subprincípios ou princípios parciais, nos resta como obrigação trazer a conceituação de cada uma delas, sendo elas: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito. Vejamos a definição de cada uma delas, podemos extraí-las a *contrario sensu* do seguinte entendimento do professor Luís Roberto Barroso (2018, p. 168):

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).

Apura-se, portanto, que à *adequação* não permite a supressão de direito do indivíduo, quando o instrumento não se mostrar conveniente à consecução do resultado pretendido. Assim, deve-se haver uma relação de adequação entre o

instrumento e a finalidade, com fundamento no interesse público, isto é, “a pena deve ser um meio apropriado para realizar o fim de proteger o bem jurídico, atendendo aos valores ético-sociais da Constituição”. (SILVA, 2020, p. 156)

No que diz respeito à *necessidade*, reclama-se a celebre distinção apresentada por Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.56) entre a necessidade e a adequação:

“Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, pela adequação espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos”

Com isso, é possível afirmar que o objetivo a ser buscado nessa dimensão é selecionar, dentre as providências cabíveis, aquela que cause menor prejuízo possível ao acusado, redução de onerosidade cara a esses direitos fundamentais. Esta ideia vai coaduna-se do consignado por Luiz Flávio Gomes (2014, np)

(...)toda medida restritiva de direito deve ser a menos onerosa possível (a intervenção penal é a última das medidas possíveis; logo, deve ter a “menor ingerência possível”, a pena de prisão, do mesmo modo, só pode ter incidência se absolutamente necessária; sempre que possível deve ser substituída por outra sanção)

Isto posto, as ideias de BITENCOURT e GOMES, mencionadas alhures, estão alinhadas a de BARROSO. Todas elas reclamam ser exequíveis retomar ao ideal de que a não utilização do meio menos oneroso possível para alcançar o fim desejado, deve pôr em dúvida o exercício do poder de punir. Assim, essa dimensão se pauta na vedação do excesso para atingir um fim, fim esse que poderia ser avultado com menos dispêndio.

Em relação à *proporcionalidade* em sentido estrito, vale trazer à baila a definição do doutrinador André Ramos Tavares (2018, p.661):

Trata-se, pois, de um sopesamento (balanceamento) dos valores do ordenamento jurídico, em que se procura atingir a mais oportuna relação entre meios e fins para melhor garantir os direitos do cidadão em situações concretamente relacionadas. São “pesadas” e comparadas, numa perspectiva jurídica, as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim.

Nesse mesmo sentido, Gomes (2003, p. 233) aduz que tal subprincípio tem a função de:

determinar a medida da tutela penal que seja equivalente à afronta ao bem jurídico, de modo que o quantum da pena privativa de liberdade passe a conter, também, o significado de colocar a incriminação numa

determinada posição hierárquica dentro do ordenamento. Ainda que sejam claros os limites a um juízo valorativo em que são confrontadas grandezas axiológicas diferentes, a Constituição indica alguns critérios lógicos a serem observados – o que possibilita a rejeição de dispositivos em flagrante desacordo com tais diretrizes

Assim, é certo asseverar que esta *máxima parcial*, tem como escopo cotejar se a medida adotada trará mais vantagens do que desvantagens, em outras palavras, será que existe proporcionalidade em relação a medida aplicada ao “infrator da norma” e o benefício à sociedade e/ou a vítima.

Por tudo isso, entendemos que em função do princípio hermenêutico da proporcionalidade, a resolução 181, com redação dada pela resolução 184 é plenamente viável, até o momento em que há edição da Lei 13.964, porque como se sabe, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro consagra em seu §2º do art. 1º, que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”. Ocorrendo na espécie, a regulamentação integral da matéria no art. 28-A do CPP, motivo pelo qual deve-se adotar tão somente o instituído pela nova Lei. Contudo, a resolução à época era o mais benéfico ao investigado conforme exposto no tópico referente aos princípios que fundamentam o referido instituto.

CONCLUSÃO

A primeira questão suscitada diz respeito a competência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para editar ato normativo capaz de instituir uma nova figura jurídica o qual, em tese, poderia interromper jus puniendi. Isso porque, afastaria a persecução penal com a propositura de um acordo, realizada pelo Ministério Público, desde que exista a reparação do dano por parte do investigado, dentre outros requisitos expostos no presente trabalho. Viu-se que esses atos normativos podem dar maior adensamento teórico aos instrumentos da Justiça Negocial dando maior amplitude aos Direitos Fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, Duração Razoável do Processo e Eficiência administrativa.

Após diversas pesquisas, verificamos existir algumas correntes doutrinárias que afastavam a validade do ato normativo pelo qual foi inserido o acordo de não persecução penal – resolução 181, com redação dada pela resolução 184, por exemplo, atacaram a impossibilidade do CNMP de editar tal ato, uma vez que estaria

usurpando a competência da União legislar sobre matéria penal e processual penal (art. 22, inciso I, da CF/88), bem como estaria violando a própria competência estabelecida na Constituição Federal para o CNMP.

Ao realizar uma análise daquelas correntes doutrinárias, percebe-se que não estão alinhadas com a melhor compreensão da doutrina vigente, tendo em vista não existir uma percepção apurada dos preceitos constitucionais estabelecidos no ordenamento jurídico. Primeiro, porque como ressaltado anteriormente, o acordo de não persecução penal não é matéria processual, pois trata-se de procedimento, uma vez que quando da oferta do referido acordo não há nenhuma relação jurídica estabelecida entre o titular da ação penal pública, Ministério Público, e o acusado/investigado/indiciado, visto que trata-se de uma fase pré-processual.

Segundo, porque, conforme decidido na ADC 12, os conselhos possuem atribuição para expedir atos regulamentares, no espécime, verifica-se que o ato normativo editado, diz respeito a ato normativo primário, aquele dotado de abstratividade que tem o condão de efetivar preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana(art. 1º, inciso III da CF/1988), a duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII da CF/1988), a eficiência (art. 37, caput, da CF/1988) e o princípio da proporcionalidade.

Em seguida, fora realizado um cotejo entre os institutos da justiça negociada penal e o acordo de não persecução penal, onde foi possível verificar a similitude entre eles, bem como as suas diferenças, percebemos ainda, que o acordo de não persecução é um dos mais vantajosos, tanto para o investigado que se quer terá alguma consequência penal, bem como para vítima que terá desde logo o seu dano reparado. Haja vista, que a reparação do dano é uma cláusula compromissória para o cumprimento do acordo de não persecução penal por parte do Ministério Público, portanto, não havendo a reparação do dano, tampouco subsistirá o afastamento da persecução penal.

Foi apurado, também, algumas consequências em razão do interstício entre as resoluções do CNMP e a Lei 13. 964/2019. Uma das questões suscitadas é concernente à aplicação da resolução que, em tese, permanece vigorando, ao nosso sentir, a concepção mais acertada é aquela que afasta a aplicação das resoluções em favor da Lei, isso em virtude da melhor aplicação do direito, indo ao encontro da interpretação mais justa do sistema constitucional e legal brasileiro. Outro achado que

merece destaque, deriva dos acordos firmados antes do vigor da referida Lei, para estes casos entendemos que devêm se manter hígidos em seus fundamentos, por ocasião da existência dos atos jurídicos perfeitos e a teoria dos atos processuais isolados, coadunando-se com um processo penal menos estigmatizante e mais vigoroso da perspectiva da dignidade.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: BARROS, Francisco Dirceu. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee Ó. (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018. p. 273-330.

AXT, Gunter. . A criação do CNMP: dos primórdios do debate sobre o controle externo à Emenda Constitucional n. 45/2004.. In: Gunter Axt. (org.). **Memória do CNMP: relatos de 12 anos de história**. 1 ed.Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017, v. 1, p. 13-206.

BARROS, Francisco Dirceu e ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal. In: BARROS, Francisco Dirceu. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee Ó. (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018. p. 49-100.

BARROSO, L. R. . **Temas de Direito Constitucional**, tomo IV. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 168.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. CNJ. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade.. 2016. disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>> Acesso em: 28 de nov de 2019.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Emenda Constitucional Nº 45**. Câmara dos Deputados,1992.Disponívelem:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, pleno – **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2866**. Rel. Min. Eros Grau, Relator para acórdão: Min. Joaquim Barbosa. 2014, DJ n. 150.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, pleno – **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2970**. Rel. Min. Ellen Gracie. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2866**, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 2011, julgado em 03/04/2014, DJe-150 DIVULG 04-08-2014 PUBLIC 05-08-2014 EMENT VOL-02738-01 PP-00001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade** , Rel. Min. Ellen Gracie.julgado em 20/04/2006, DJ 12-05-2006 PP-00004 EMENTE VOL-02231-01 PP-00163 RTJ VOL-00200-01 PP-00056 RDDP n. 40, 2006, p.155-160 LEXSTF v.28, n. 330, 2006, p. 50-60RT v. 95, n. 851, 2006, p. 452-458.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **Mandado de Segurança nº 27.621/DF**, Rel. Min. Carmém Lúcia, Redator do acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. 2011, DJe 10/05/2012.

BRASIL.. CMNP. **Estrutura** disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/o-cnmp/estrutura>>. S.d. Acesso em 28 de nov de 2019.

CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art.18 da resolução n. 181/17-cnmp, com as alterações da resolução n. 183/18-cnmp). In: BARROS, Francisco Dirceu. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee Ó. (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018. p. 19-48, pag. 30.

DOWER, Patrícia Eleutério Campos e SOUZA, Renee do Ó. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: BARROS, Francisco Dirceu. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee Ó. (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018. p. 131-172, pag. 135.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos. 6ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, Emerson. Conselho Nacional do Ministério Público: primeiras impressões. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, v 10, n. 702. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6848>. Acesso em: 27 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal – civilização ou barbárie. Edição eletrônica. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Não paginado.

GUIMARÃES, Pedro de Oliveira. Breves considerações sobre o acordo de não-persecução penal. **Meu Site Jurídico**: Juspdvim. Salvador, 2018. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/03/07/breves-consideracoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>> Acesso em 01/11/2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAI, Sauveir. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em 29/03/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivim, 2018.

LUISI, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

Moraes, Hermes Duarte. Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da justiça penal consensual?. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo. 2018 Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-moraes-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional#sdfootnote9sym>> Acesso em: 22 de nov. de 2019.

MOURA, Caio Roberto Souto de. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a Justiça Desportiva: um caso de antinomia jurídica um caso de antinomia jurídica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, v.1, n.16. 2007. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Caio_Moura.htm Acesso em: 28/11/19.

PANSIERI, Flávio. Conselho Nacional do Ministério Público. In: ZOCKUN, Carolina Zancaner.; ZOCKUN, Maurício.; FREIRE, André. Luiz.; SERRANO, Vidal (Orgs.) . **Enciclopédia jurídica da PUC-SP - Tomo**: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: PUC-SP, 2017. v. 01. 3000p.

PANTOLFI, Laís Macorin. A audiência de custódia e seus aspectos mais controversos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/76049/a-audiencia-de-custodia-e-seus-aspectos-mais-controversos>>. Acesso em: 28/11/19

PRADO, L. R. . **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REZEK NETO, Chade . **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. 1ª. ed. Franca: Lemos e Cruz Livraria e Editora, 2004. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 18, 2005.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. A distorção do papel constitucional do cnmp a necessária discussão sobre os limites de atuação. **Congresso nacional**. 2017. Disponível em:

<https://congressonacional2017.amp.org.br/public/arquivos/teses/50.pdf/>. Acesso em: 28/11/19.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádél da. A desconformidade constitucional do chamado “acordo de não-persecução penal” e o efeito bumerangue. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 22, n. 5218, 14 out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61167>. Acesso em: 29 maio 2020.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6ª ed. São Paulo: Revista